



Roj: **STS 3879/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3879**

Id Cendoj: **28079149912022100082**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **19/10/2022**

Nº de Recurso: **1363/2019**

Nº de Resolución: **840/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 2367/2019,**
STS 3879/2022

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1363/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 840/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.ª Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª María Luz García Paredes

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 19 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Francisco Jesús López Ruiz, en nombre y representación de D.ª Brigida , contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 1441/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, de fecha 14 de marzo de 2018, recaída en autos núm. 13/2018, seguidos a su instancia contra las empresas Servicio de Limpieza y Mantenimiento Raspeig, S.L. y Netalia Raspeig, S.L., con intervención del Ministerio Fiscal; sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de marzo de 2018 el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Jaén dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º.- Doña Brigida , mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000 , vecina de Linares (Jaén), presta sus servicios, con la categoría profesional de limpiadora, por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Netalia Raspeig, S.L., dedicada a la actividad de limpieza de edificios, quien se subrogó en el contrato de limpieza de Servicio de Limpieza y Mantenimiento Raspeig, S.L., empresa que se había subrogado el 15.09.16 en la relación laboral que la actora mantenía con Eulen, S.A., como fija discontinua, durante el curso escolar, con un salario mensual de 1.062,17 euros, jornada laboral de 30 horas semanales y una antigüedad de 15.09.2005. Rige entre las partes el Convenio Colectivo de ámbito sectorial para Limpiezas de Edificios y Locales de la provincia de Jaén, BOP Jaén de 14 de marzo de 2017.

2º.- Servicio de Limpieza y Mantenimiento Raspeig, S.L. es empresa adjudicataria del servicio de limpieza en centros docentes públicos dependientes de la delegación territorial de educación (EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO: NUM001), cuyo objeto es la prestación del servicio de limpieza de los centros docentes públicos dependientes de la Delegación Territorial de la Consejería de Educación en Jaén que figuran en el apartado A del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. El lote 14 lo componen el IES Mateo Francisco de Rivas, en Jabalquinto, y en Linares el Conservatorio de Música Andrés Segovia, IES Huarte de San Juan, IES Oretania, IES Hlmilce, IES Reyes de España y IES Santa Engracia. El Pliego de prescripciones técnicas del servicio de limpieza en centros docentes públicos dependientes de la delegación territorial de educación dispone en su cláusula cuarta que será requisito indispensable que la realización del servicio de limpieza se realice fuera del horario de la jornada escolar de los centros docentes contratados.

3º.- El centro de trabajo donde la actora prestaba servicios, desde el inicio de la relación laboral, era el Conservatorio de Música Andrés Segovia, en Linares, en horario de 8 a 14 horas, hasta que en marzo de 2017 la empresa acordó su traslado al I.E.S HIMILCE, de Linares. Impugnado por la actora dicho cambio de centro de trabajo, la sentencia dictada el 15.06.2017 por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, autos 263/17, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, desestima la demanda presentada por doña Brigida , al considerar que no existe modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino "(...) una decisión empresarial incardinada en la esfera del ius variandi del empresario, que no conculca derecho fundamental alguno de la actora, (...), fundamento jurídico segundo. La citada sentencia contiene, entre otros, los siguientes hechos probados: "IV.-El 24 de febrero de 2017 el Director del Conservatorio remitió a la empresa NETALLIA RASPEIG S.L. la siguiente comunicación (folios 191 y 192): "ASUNTO: Solicitud sustitución trabajadoras adscritas a servicios de limpieza. Mediante este documento les hacemos llegar la necesidad de la sustitución de dos de las trabajadoras adscritas al servicio de limpieza: 1. C.A.G. con DNI NUM000 2. E.L.N. Con DNI NUM002 Los motivos son los siguientes: No proceden con la debida corrección en el desempeño de su cometido. Incumplimiento del horario y funciones establecido para su trabajo. Deterioro del ambiente y comunicación con el equipo directivo que imposibilita una relación mínima de trabajo. Esperando que puedan atender nuestra petición aprovecho la ocasión para enviarles un cordial saludo. Atentamente". Al reverso de la anterior comunicación consta: "Atendiendo a su petición de concreción de algunos aspectos referidos en el escrito enviado a Netalia Raspeig S.L. el día 24 de febrero de dos mil diecisiete y en relación con la solicitud de la sustitución de dos de las trabajadoras de limpieza adscritas a la empresa "Netalia Raspeig S.L.", en el Anton , se incorpora documentación que se cree oportuna para tener una visión más amplia de la situación vivida en el centro; se tratan de diferentes e-mails enviados a la empresa Netalia Raspeig S.L., en concreto, a Aquilino . El documento contiene un corta-pega de nueve correos electrónicos, siendo éste el medio al que nos hemos visto obligados a acudir para comunicar a las limpiadoras las necesidades de limpieza, ya que el trato directamente con ellas (dos de ellas, en particular) ha tenido que eliminarse para no crear un ambiente insostenible, crispado y absolutamente injustificado; esperamos que se entienda la necesidad de sustitución de estas personas. El tema recurrente es la falta de cumplimiento de horario, ya que estas trabajadoras que tienen seis horas por contrato al día, comienzan su jornada laboral a las ocho de la mañana, no empezando a trabajar antes de las nueve ningún día; los descansos suelen empezarlos a las diez yendo a diario a la cafetería del centro (al principio nos pedían con vehemencia una sala amplia donde pasar sus espacios de descanso, ya que no podían ir a la cafetería y hacer gasto todos los días- Esto ha cambiado desde el momento que con muchos esfuerzo y molestias, re ubicamos a las trabajadoras en otra sala.) Estos descansos suelen durar entre cuarenta y cinco y cincuenta minutos, seguidos de pausas para fumar en la puerta del centro. Se le ha pedido en numerosas ocasiones a la trabajadora C.A.G. que por favor no lo haga en la puerta, pero se ve que esta petición cae en saco roto. La limpiadora E.L.N. se extralimita en sus funciones al querer recoger material del centro ubicado en aulas de instrumento, lo cual nos fue comunicado por el profesor en cuestión; lógicamente no se ha permitido. También tenían intención de pintar la nueva dependencia adaptada para las limpiadoras (función entendemos que no les compete) y aunque se le comunicó que no lo hiciera, nos vimos en la tesitura de pedir a

la empresa que por favor se lo comunicaran ellos. También nos hemos encontrado con una denuncia al centro ante el sindicato, presentándose una inspectora de trabajo, media hora después de avisar telefónicamente de su visita, para revisar la sala que tenían habilitada para su descanso y guarda de sus enseres personales. Todo esto sin informar a la directiva de la denuncia interpuesta al Conservatorio. La actitud hacia la directiva no es la apropiada y el centro debe presentar un aspecto mucho más limpio e higienizado, si tenemos en cuenta el número de horas a la semana que tienen en contrato con la empresa estas trabajadoras de limpieza. Se solicita que se actúe con celeridad, ya que amonestación y sanción sin traslado podría suponer un ambiente nada aconsejable para la marcha del funcionamiento del centro. El 19 de marzo de 2017 se remitió por la empresa burofax a la actora del siguiente tenor literal (folio 44 Vto): "Muy Sra. nuestra: Por la presente le notificamos que la Dirección de la empresa, haciendo uso de las facultades organizativas que le son propias, ha tomado la decisión de cambiar el centro de trabajo en que usted presta servicios. Y, desde el día siguiente a la recepción de esta carta, usted los prestará en el siguiente centro de trabajo: "I.E.S HIMILCE", que se encuentra en AVENIDA DE ARRAYANES, s/n, de Linares, misma ciudad en que se halla su actual centro de trabajo. Este cambio, por supuesto, no afectará a sus condiciones de trabajo, que mantendrá como hasta ahora las ha venido disfrutando respecto a categoría, jornada, horario y retribuciones". VI.- La actora se encuentra en situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, desde el 22 de marzo de 2017". Sentencia confirmada por la dictada el 25.01.2018 por el TSJA, sede Granada, recurso de suplicación 1903/17, que concluye"(....) no se puede considerar que dicha modificación sea a estos efectos sustancial, sino que entra dentro del ámbito de la facultad de reorganización y dirección que tiene el empresario, no habiéndose producido la vulneración de Derecho Fundamental alegado (...)", lo al comienzo de fundamento de Derecho cuarto se razona en los siguientes términos: "(...) a mayor abundamiento dado que ha quedado acreditado que incluso se efectuó la modificación de puesto por unas razones comunicadas expresamente a la actora y que obedecían a una carta recibida del propio Conservatorio donde la actora prestaba servicios, es decir, de su centro de trabajo, existe por lo tanto un nexo causal entre el traslado de centro de trabajo y las actuaciones efectuadas por la trabajadora que pueden determinar que venga a excluirse cualquier tipo de vulneración de derechos fundamentales que en último término se alega de manera un tanto genérica de "discriminación" sin más referencia. (...)".

4º.- Las clases en el Conservatorio de Música Anton se imparten por las tardes. Las clases en el I.E.S HIMILCE se imparten por las mañanas.

5º.- El día 21.12.2017 la empresa Netalia Raspeig, S.L. notifica escrito a la actora con el siguiente tenor: "Muy Sra. nuestra: El pasado día 29/11/2017 le fue remitida comunicación de cambio de horario de trabajo, que, desde el día 2 de diciembre de 2017, se encuentra a su disposición en la oficina de correos, teniendo conocimiento usted de tal puesta a su disposición, e incluso del contenido de la carta, porque comunicó con la empresa para preguntar precisamente por ese contenido, y se le informó del mismo. No habiendo sido recogida por usted esa carta, nos vemos en la obligación de hacérsela llegar mediante entrega personal por la encargada de la empresa en Jaén. Le comunicamos que, con efectos del próximo día 8 de enero de 2018, su tiempo de trabajo quedará distribuido de lunes a viernes, entre las 15:00 y las 20:00 horas. Aunque se produce una reducción (de 5 horas) en el tiempo semanal total de trabajo, su retribución se mantendrá como la propia de su jornada de 30 horas semanales, sin perjuicio de que, en un futuro, le sean asignados otros servicios para completar esa jornada. Esta modificación obedece a la necesidad de ajustar la prestación del servicio a las exigencias del cliente, la Consejería de Educación, a través de la dirección del "IES HIMILCE", habiéndosenos solicitado que el servicio de todas las limpiadoras se efectúe en horario de tarde, y no habiendo resultado posible, a pesar de los esfuerzos de la empresa, que acepten mantener su horario de mañana. La efectividad de la medida será el próximo día 8 de enero de 2018. Consideramos que, de acuerdo con el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, nos encontramos ante una modificación por causas organizativas, y se pone en su conocimiento con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad. Asimismo, se le hace saber que si se considerare perjudicada por la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir la indemnización de veinte días de salario por año de servicio prevista legalmente".

6º.- La primera situación de incapacidad temporal de la actora finalizó el 30.06.17. El día 22.12.2017 la actora inició nuevo proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes.

7º.- No consta que la decisión empresarial impugnada en autos haya ocasionado perjuicio cierto a la actora. La actora no alega en demanda daño concreto alguno, ni justifica de dónde obtiene la suma que reclama como indemnización por daños.

8º.- En demanda la actora solicita se dicte sentencia "por la que se declare nula o subsidiariamente injustificada la decisión de la empresa, reponiéndome en mis condiciones anteriores a dicha decisión, con el abono de la cantidad de 4.000 €, más el interés legal por mora,(...)". Fundamenta su petición de vulneración, hecho 7º, en "(...) no tiene sentido que a la dicente se le cambie de centro de trabajo y de horario o incluso de jornada



laboral, para pasar a ocupar su puesto de trabajo otra persona, lo que se traduce en una evidente situación de discriminación que viola el artículo 14 de la Constitución Española (...) y hecho 14º, en "(...) al ser discriminada en el trabajo, ya que se me están imponiendo unas condiciones de trabajo contrarias a la ley, al pliego de condiciones, existiendo una evidente persecución laboral por parte de la empresa demandada, con la finalidad última de cambiarme de centro de trabajo, de jornada laboral y de horario de trabajo, lo que se traduce en una violación sistemática del artículo 14 de la Constitución Española (...)".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Desestimar la demanda promovida por Doña Brigida contra las empresas de Limpieza y Mantenimiento Raspeig, S.L. y Netalia Raspeig, S.L., a quienes se absuelve de las pretensiones deducidas en su contra por ser ajustada la decisión empresarial impugnada en autos, reconociendo a la actora el derecho a extinguir el contrato de trabajo y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses, concediéndole al efecto el plazo de quince días".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la actora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 14 de febrero de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Brigida contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, en fecha 14 de marzo de 2018, en Autos núm. 13/18, seguidos a instancia de Brigida, en reclamación sobre MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES, contra SERVICIO DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO RASPEIG S.L., NESTALIA RASPEIG S.L., con intervención del MINISTERIO FISCAL, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

TERCERO.- Por el letrado de la parte demandante se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2018 -rcud. 3337/2016-. La parte considera que la sentencia impugnada incurre en la infracción de lo establecido en el art. 191.2 e) de la LRJS de 2011, en relación con el art. 24 de la Constitución Española de 1978, todo ello en relación con el art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores de 2015, por la no aplicación de dichos preceptos. Igualmente considera que se ha producido el quebranto de la doctrina de esta Sala, en SSTs de 5 de junio de 2018 y de 9 de mayo de 2017.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado las partes recurridas, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso formalizado debe ser estimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2022. Por providencia de la misma fecha, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 LOPJ, se procedió a suspender el señalamiento inicial para acordar el debate del asunto por el Pleno de la Sala fijado para el 19 de octubre de 2022, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si la sentencia de suplicación debe pronunciarse sobre las cuestiones de legalidad ordinaria suscitadas en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, una vez desestimada la alegada vulneración de derechos fundamentales que habilita la posibilidad de recurrir la sentencia de instancia.

El juzgado de lo social descartó la infracción por la empresa de los derechos fundamentales denunciados por la demandante, y calificó como justificada la modificación sustancial objeto del litigio.

La sentencia recurrida es la dictada por la Sala Social del TSJ de Andalucía/Granada de 14 de febrero de 2019, rcud. 1441/2018, que desestima el recurso de suplicación de la trabajadora en lo relativo a la trasgresión de derechos fundamentales, y expresamente señala que no entra a conocer de las cuestiones de legalidad ordinaria con base a las que solicita que se declare injustificada la medida.

A tal efecto razona que la sentencia de instancia se ha dictado en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, y únicamente era recurrible a los efectos de dilucidar las pretensiones vinculadas en la demanda a la vulneración de derechos fundamentales.

2.- El recurso de casación unificador de la demandante se articula en un único motivo que denuncia infracción de los arts. 191.2 e) LRJS, en relación con el 24 CE; 41.1 ET, y doctrina jurisprudencial que se cita, para sostener que la sentencia de instancia era recurrible porque en la demanda se invoca la infracción de derechos fundamentales y se reclama una indemnización de daños y perjuicios de 4.000 euros, lo que obliga a la Sala de suplicación a resolver todas las cuestiones litigiosas planteadas en el recurso, y por consiguiente también, las



relativas a cuestiones de legalidad ordinaria sobre la naturaleza justificada o injustificada de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, con lo que no habría respetado el derecho a la tutela judicial efectiva al haber dejado imprejuizadas las mismas.

Invoca de contraste la STS 5/6/2018, rcud. 3337/2016 .

3.- El Ministerio Fiscal informa en favor de acoger el recurso, la demandada no ha presentado escrito de impugnación.

SEGUNDO. 1.- Debemos resolver si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

En lo que hemos de tener en cuenta el criterio que recuerda la STS 27/4/2022, rcud. 3021/2020- por citar alguna de las más recientes-, que obliga a aplicar en estos casos una mayor flexibilidad en orden a determinar la concurrencia del requisito o presupuesto de contradicción, cuando se trata de infracciones procesales que pudieran generar indefensión (SSTS 1 de junio de 2016 (rcud. 3241/2014); 11 de marzo de 2015 (rcud 1797/2014), 7 de abril de 2015 (rcud 1187/2014), que se remiten al Acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de fecha 11-02- 2015 sobre la contradicción en materia de infracciones procesales, en el que se decidió que "Al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, con objeto de que se pueda examinar una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva" y que "Cuando en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas". No es, por tanto, la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del artículo 219.1 LRJS, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concurra en este extremo suficiente homogeneidad (STS de 11 de marzo de 2015, R. 1797/2014). En el mismo sentido: SSTS de 1 de junio de 2016, R. 3241/2014; de 14 de julio de 2016, R. 3761/2014; de 12 y 26 de enero de 2017, R. 1608/2015 y 115/2016; y 28 de febrero de 2016, R. 2698/2015)".

2.- En la sentencia referencial se trata igualmente de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, en el que el trabajador demandante denuncia la vulneración de derechos fundamentales y reclama una indemnización de daños y perjuicios superior a 3.000 euros, y admite que por ese motivo es recurrible la sentencia de instancia.

A tal efecto razona que " de una interpretación integradora de los arts. 191.2.e) y 192.2.º LRJS en relación con el art. 138.7.3º de esa misma Ley y respetuosa del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, se desprende que si bien en principio la materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual tiene vedado el acceso a la suplicación, si se permite el recurso en los supuestos que a la acción impugnatoria de la modificación se acumula una acción indemnizatoria que sea superior a los 3.000 euros".

A lo que seguidamente añade, "que la procedencia del recurso de suplicación encuentra también justificación en el art. 191.3.f) LRJS a tenor del cual cabe recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, previsión que según ha interpretado esta Sala despliega su virtualidad con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido (SSTS 03/11/15, rec. 2753/14), como asimismo se declara en la sentencia 149/2016, de 16 de septiembre, del Tribunal Constitucional, y en concreto, cuando el litigio se tramita por la modalidad regulada en el art. 138 LRJS y tiene por objeto la impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual con alegación de que la decisión empresarial conlleva la vulneración de derechos fundamentales (STSS 22/06/16, rec.399/15; 07/12/16, rec. 1599/15; 11/01/17, rec. 1626/15), 09/05/17, rec. 1666/15; 05/07/17, rec. 1477/15; 24/10/17, rec. 3175/15; 15/02/18, rec. 1324/16; 22/02/2018, rec. 1169/15)".

3.- Aplicando esos criterios de mayor flexibilidad que antes hemos enunciando, la conclusión no puede ser otra que la de estimar que concurre suficiente homogeneidad entre las sentencias en comparación para apreciar la existencia de contradicción, en la medida en que la recurrida admite limitadamente y de forma condicionada la recurribilidad de la sentencia de instancia, en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual en el que la trabajadora denuncia infracción de derechos fundamentales y reclama una indemnización de 4.000 euros, mientras que la referencial no impone cortapisa ni limitación alguna al recurso, en una procedimiento de esa misma naturaleza, en el que se invoca igualmente la vulneración de derechos fundamentales y se reclama una indemnización superior a 3.000 euros.

TERCERO. 1.- La cuestión se ha planteado implícitamente ante esta Sala IV en diferentes pronunciamientos en los que hemos reconocido el derecho de la empresa a recurrir en suplicación para impugnar cuestiones de legalidad ordinaria, en procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo en los que el trabajador alegaba la vulneración de derechos fundamentales, que la sentencia de instancia descarta, tras lo que declara sin embargo injustificada la decisión empresarial.

Asuntos en los que la empresa interpone recurso para solicitar que se califique como justificada la modificación sustancial en litigio, que son inadmitidos por la sala de suplicación con el argumento de que la recurribilidad de la sentencia queda limitada a las cuestiones directamente vinculadas a la invocada vulneración de derechos fundamentales y no puede extenderse a las de legalidad ordinaria.

2.- La STS 30/6/2020, rcud. 4093/2017, señala en tal sentido que "El art. 184 LRJS remite a la tramitación de la modalidad procesal correspondiente -en este caso, la del art. 138 LRJS- a quienes accionan por tutela de derechos fundamentales cuando impugnen una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Además, esa remisión permite la acumulación de las acciones ordinarias con las de tutela, tal y como establece el art. 26.2 LRJS, excepcionando así la regla del art. 178 LRJS.

Por ello, en supuestos como el presente en que la parte trabajadora combate la decisión empresarial de modificación sosteniendo que con ella se vulnera un derecho fundamental del que es titular, nos hallamos ante procedimientos de tutela de derechos fundamentales a los que el legislador permite acumular cuestiones de legalidad ordinaria, precisamente por mantener un cauce procesal acorde con éstas últimas al que se le añaden las garantías del proceso de los arts. 177 y siguientes.

Y, llegados a este punto, recordemos que cabe recurso de suplicación en todos los supuestos en los que se alega la violación de un derecho fundamental, tal y como establece el art. 191.3 f) LRJS en relación con "... las sentencias dictadas en materias de ... tutela de derechos fundamentales y libertades públicas".

A lo que seguidamente añade que "Este tema del acceso al recurso de suplicación ha sido abordado por nuestra doctrina jurisprudencial, la cual ha sido corroborada por la STC 149/2016. De ésta y de las STS/4ª de 3 noviembre 2015 -rcud. 2753/2014-, 10 marzo 2016 -rcud. 1887/2014-, 22 junio 2016 -rcud. 399/2015-, 11 enero 2017 -rcud. 1626/2015-, 9 mayo 2017 -rcud. 1666/2015- y 22 febrero 2018 -rcud. 1169/2015-, se extrae que, aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que el legislador ha previsto la suplicación, "no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que allí se citan, sin dar opción al demandante, en función de la materia en litigio y para una mejor atención del objeto del proceso, pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental".

Para concluir en consecuencia, que "Nos hallamos ante un litigio que se caracteriza por tratarse de una pretensión de tutela de derechos fundamentales, aun cuando formalmente se haya de canalizar por una modalidad procesal distinta. Por consiguiente, las reglas procesales que aportan el mayor nivel de garantías adjetivas a aquel tipo de procedimiento deben mantenerse y respetarse. Entre ellas, se halla la de la recurribilidad de la sentencia de instancia, sin que en ningún precepto de nuestro ordenamiento procesal laboral -a salvo de las particularidades de la modalidad de impugnación de sanciones- se establezcan distinciones para el acceso a la suplicación en función de la posición procesal de la parte recurrente".

Y en el mismo sentido se pronuncia la STS 7/7/2021, rcud. 3849/2019.

3.- En estos precedentes hemos admitido que la empresa puede recurrir en suplicación para invocar cuestiones de legalidad ordinaria cuando el juzgado declara injustificada la modificación sustancial, por lo que es evidente que también podría hacerlo la trabajadora cuando la sentencia la califica como justificada tras haber descartado la vulneración de derechos fundamentales.

CUARTO. 1.- Un examen más detenido de esta problemática nos lleva a clarificar esta doctrina, para precisar que la sala de suplicación tiene limitada en estos casos la cognición a las cuestiones vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales invocadas en la demanda, pero no puede en cambio entrar a resolver las de estricta legalidad ordinaria que pudiere suscitar la parte recurrente cuando no se encuentran indisolublemente ligadas con la alegada vulneración de derechos fundamentales.

El esquema diseñado por la normativa procesal laboral en esta materia se sustenta en la combinación de varios parámetros jurídicos cuya acertada integración conduce al resultado que acabamos de anticipar.

2.- Las reglas sobre recurribilidad de las sentencias dictadas por los juzgados de lo social las encontramos en el art. 191 LRJS, en cuyo apartado segundo se identifican de forma expresa las modalidades procesales en las que no cabe recurso de suplicación en razón de la materia objeto del proceso, mientras que en el apartado tercero se recogen los supuestos en los que cabe en todo caso recurso de suplicación.

En lo que ahora interesa, el art. 191 .2 LRJS, dispone en tal sentido que "No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias:...e) Procesos de movilidad geográfica distintos de los previstos en el apartado 2 del art. 40 del Estatuto de los Trabajadores; en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del art. 41 del referido Estatuto; y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación; y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta es la regla general que rige para esta clase de modalidades procesales, que excluye específicamente de la suplicación cada uno de ese tipo de procedimiento mencionado en la norma.

Entre ellos "los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del art. 41 del referido Estatuto". Previsión que reitera el art. 138.6 LRJS, al señalar que no cabe recurso contra las sentencias dictadas en procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo que no tengan carácter colectivo.

3.- El art. 191.3 LRJS enumera, en sentido contrario, los supuestos en los que cabe en todo caso la suplicación, entre las que en su letra f) incluye las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

Los arts. 177 y ss. LRJS regulan y desarrollan esta última modalidad procesal; y art. 184 LRJS, bajo el título "Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente", establece que " No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el art. 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del art. 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva".

De esta última previsión normativa se desprende que las demandas que versen sobre tales materias deben encauzarse necesariamente por la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, aun cuando se invoque la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, acumulando esta pretensión a las que son propias de esa modalidad procesal.

Lo que ninguna distorsión genera cuando la modalidad procesal correspondiente permite igualmente la suplicación.

Pero que suscita una importante problemática cuando esa modalidad está expresamente excluida del recurso, tal y como hemos visto que sucede con la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual.

4.- Por su parte, el art. 192.2 LRJS dispone que "Cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario".

Con carácter general esta norma permita el acceso a suplicación de todas las acciones que hayan podido acumularse en un mismo proceso, en aquellos casos en los que solamente alguna de ellas fuese recurrible.

Pero el propio precepto contiene una excepción a esta regla, en los supuestos en los que hay una expresa disposición que establezca lo contrario y excluya de la suplicación alguna de las acciones acumuladas.

Esto último es lo que justamente sucede con la acción relativa a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, respecto a la que ya hemos destacado la existencia de disposiciones legales que de forma expresa niegan su acceso a suplicación.

En consecuencia, su acumulación junto con la acción de tutela de derechos fundamentales no le concede acceso a suplicación, aunque sí lo tenga la pretensión relativa a esa tutela.

5.- La adecuada integración de este marco normativo ha dado lugar a la doctrina de esta Sala IV en la que admitimos que, por aplicación del art. 191 letra f) LRJS, son recurribles en suplicación las sentencias que resuelven demandas en las que se invoca la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, aun cuando, por imposición del art. 184 LRJS, se hayan ejercitado necesariamente a través de la modalidad procesal correspondiente que está excluida de la suplicación.

Como recuerda la STS 7/7/2021, rcud. 3849/2018, hay numerosos pronunciamientos en tal sentido, entre otras, SSTs de 3/11/2015 (R. 2753/2014), 10/3/2016 (R. 1887/2014), 22/6/2016 (R. 399/2015), 11/1/ 2017 (R. 1626/2015), 9/5/2017 (R. 1666/2015); y las más recientes de 30/6/2020, (R. 4093/2017); 24/9/2020 (R. 1152/2018).

En todas en ellas concluimos que procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que haya de seguirse.

En el mismo sentido, la STC 24/4/2017, nº 42/2017, no deja lugar a dudas al señalar que: "...aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que (configuración legal) ha sido prevista la suplicación por la norma "en todo caso" contra sentencias dictadas en procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas [art. 191.3 f) LJS], no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que allí se citan, sin dar opción al demandante, en función de la materia en litigio y para una mejor atención del objeto del proceso, pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental" (párrafo 4º del FJ 6 STC 149/16)".

Tras lo que esa misma STC seguidamente explica que, cuando se trata de la protección jurisdiccional de derechos fundamentales "el control del pronunciamiento judicial requiere un mayor rigor. Acogiendo mutatis mutandis la línea marcada en la STC 105/1997, de 2 de junio, FJ 3, es obligado destacar que estamos ante decisiones judiciales especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sino que la denegación del recurso puede producir, además, un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial -con independencia de que la declaración de la lesión fuera sólo una de las hipótesis-."

Razonamiento de especial trascendencia para la resolución de la cuestión que estamos analizando -sobre el que luego volveremos-, por cuanto pone de manifiesto que el acceso al recurso de suplicación se justifica, precisamente, por el mayor rigor que exigen los pronunciamientos judiciales atinentes a los derechos fundamentales, al tratarse de decisiones especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen.

QUINTO. 1.- La aplicación de los criterios expuestos ofrece una respuesta afirmativa a la cuestión de la recurribilidad de las sentencias dictadas en los procesos en los que se invoca la vulneración de derechos fundamentales, que en aplicación del art. 184 LRJS deben tramitarse necesariamente bajo la modalidad procesal correspondiente que se encuentra excluida de acceso a la suplicación.

Es indudable que en esos casos ha de admitirse el acceso a la suplicación, a salvo de situaciones excepcionales en las que pudiese apreciarse en esa apelación a derechos fundamentales la posible existencia de un manifiesto fraude procesal, de maniobras torticeras en abuso de derecho (STS 24/5/2002, rcud. 2753/2001), cuando se trata de una invocación puramente artificiosa y carente del más mínimo acerbo probatorio con la que únicamente se pretenda conseguir -o impedir (STS 15/6/2004, rcud. 3049/2002)-, subrepticamente, el acceso al recurso.

2.- La cuestión reside ahora en determinar cuál haya de ser entonces el ámbito y alcance de ese recurso de suplicación, y del consecuente pronunciamiento de la sala.

Esto es, si debe limitarse a las cuestiones vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales, o pueden extenderse a las que son estrictamente de legalidad ordinaria y resultan perfectamente separables de la tutela de tales derechos fundamentales.

En la precitada STC 42/2017, se plantea colateralmente esta cuestión, a raíz de la expresa petición formulada en tal sentido por el Abogado del Estado, a lo que el TC responde, que procederá declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas con retroacción de actuaciones en los términos que expresa el fallo de esa sentencia, "sin que podamos limitar el reconocimiento del derecho de acceso al recurso exclusivamente a las pretensiones deducidas por la vulneración de los derechos fundamentales, como solicita el Abogado

del Estado, pues ello supondría pronunciarnos sobre un aspecto de la legalidad procesal que corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios".

Respuesta con la que el TC deja abierta la solución a esta problemática, que deberemos abordar conforme a los preceptos de legalidad procesal aplicables en la materia, que ya hemos referenciado anteriormente.

3.- De tales preceptos resulta que el legislador ha excluido expresamente de la suplicación todas aquellas modalidades procesales que enumera el art. 191.2 LRJS, en consideración a las cuestiones de legalidad ordinaria que constituyen su objeto, y en atención a los factores de menor trascendencia, relevancia jurídica, o de la mayor agilidad y premura en la tramitación del proceso que ha considerado oportunos para negar el acceso al recurso.

Previsión legal de la que en cualquier caso se desprende que este tipo de materias no tiene acceso a suplicación.

Carece por lo tanto de toda lógica que esas mismas materias de legalidad ordinaria, que no tienen acceso a la suplicación, puedan tenerlo por haberse planteado de manera conjunta con la invocada vulneración de derechos fundamentales, una vez ya resueltas las pretensiones relativas a tales derechos fundamentales y cuando no guardan la más mínima relación con las materias de legalidad ordinaria pendientes de resolución.

Si el legislador ha dispuesto que esos aspectos de legalidad ordinaria queden firmes en la sentencia de instancia, no puede ofrecerse un distinto tratamiento jurídico en función de que hayan sido planteados aisladamente o de manera acumulada con la invocada vulneración de derechos fundamentales.

4.- El art. 191 LRJS no incluye una norma específica al respecto, pero en su apartado 3, letras d) y e) contiene un criterio que se ajusta perfectamente a lo que hemos indicado, y que viene en avalar la solución expuesta.

En ambos supuestos dispone que procede recurso de suplicación cuando el recurso tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación o de mediación obligatoria previa, o bien se decida sobre la falta de jurisdicción por razón de la materia o de competencia territorial o funcional.

Tras lo que acota seguidamente el alcance del recurso a esos concretos aspectos "Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación...", de tal forma que admite la recurribilidad de la sentencia de instancia, pero limita el alcance de la suplicación a los pronunciamientos vinculados al defecto procesal invocado, a la jurisdicción o competencia, excluyendo la posibilidad de entrar a conocer de las cuestiones de legalidad ordinaria excluidas de suplicación.

En lo que es una clara manifestación de la voluntad del legislador de negar el acceso a la suplicación de aquellas materias que están expresamente excluidas del recurso, aun cuando la sentencia pudiese ser recurrible por otros motivos y razones diferentes, y tan solo para que pueda ser supervisada en esos concretos y únicos aspectos por el órgano judicial superior.

Una forma de dividir la continencia de la causa de recurrir, permitiendo la suplicación en aquellas materias en los que por su mayor relevancia se considera oportuna admitir esa posibilidad, para negarlo en otras que ya están expresamente excluidas del recurso.

5.- Esto es lo que así sucede cuando se plantean de forma claramente diferenciada pretensiones vinculadas a la posible vulneración de derechos fundamentales, y otras de mera legalidad ordinaria que no son recurribles.

Cabrá entonces recurso para resolver sobre los aspectos relacionados con los derechos fundamentales que están en juego en el proceso- entre ellos, la posible indemnización asociada a su presunta vulneración-, pero no así sobre las materias de legalidad ordinaria que no tienen acceso a suplicación.

Interpretación integradora de las normas que es sin duda la que mejor se compadece con la finalidad de las previsiones legales en la materia, de acuerdo con aquel razonamiento de la STC 42/2017 que anteriormente hemos mencionado, con el que se pone de manifiesto la especial protección jurisdiccional que merecen los derechos fundamentales, garantizando el acceso a la suplicación de los pronunciamientos vinculados a su posible vulneración por el mayor rigor que debe aplicarse en sus análisis, al tratarse de "decisiones judiciales especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen", y respecto a las que "la denegación del recurso puede producir, además, un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial -con independencia de que la declaración de la lesión fuera sólo una de las hipótesis-".

Estas cautelas que apunta el TC justifican que acceda a suplicación el control de las decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales, pero no así las relativas a cuestiones de legalidad ordinaria que por su menor relevancia han sido expresamente excluidas del recurso, siempre y cuando resulten perfectamente escindibles las unas de las otras



Por el contrario, debe admitirse el recurso a todos los efectos, en el caso de estar estrechamente unidas las cuestiones de legalidad ordinaria y las atinentes a la alegada vulneración de derechos fundamentales, hasta el punto que resulte del todo imposible resolverlas separadamente.

De este modo, solo pueden ser examinados por la sentencia de suplicación los aspectos en los que resulte indisociable el tema de legalidad ordinaria con la eventual existencia de la invocada vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda limitarse en estos casos su cognición a los aspectos relativos a la posible infracción de derechos fundamentales, cuando la respuesta que haya de darse a esa cuestión condiciona de alguna manera el pronunciamiento sobre las materias de legalidad ordinaria.

6.- La sentencia recurrida se ajusta fielmente a esta doctrina, al resolver los motivos de suplicación que guardan relación con los derechos fundamentales esgrimidos por la demandante, y no pronunciarse en cambio sobre los de estricta legalidad ordinaria que suscita la recurrente sobre la naturaleza justificada o injustificada de la modificación sustancial en litigio.

SEXTO. Conforme lo razonado, y oído el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso para confirmar en sus términos la sentencia recurrida y declarar su firmeza. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Brigida , contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 1441/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, de fecha 14 de marzo de 2018, recaída en autos núm. 13/2018, seguidos a su instancia contra las empresas Servicio de Limpieza y Mantenimiento Raspeig, S.L. y Netalia Raspeig, S.L., con intervención del Ministerio Fiscal, sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, para confirmarla y declarar su firmeza. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Voto particular

que formulan las Magistradas Excmas. Sras. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa María Virolés Piñol en la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 1363/2019

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulamos voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1363/2019.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepamos del razonamiento y conclusión que se alcanza en los fundamentos de derecho cuarto y quinto, fundamentando nuestra discrepancia en los razonamientos que a continuación se expondrán.

2.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a resolver si en el recurso de suplicación que procede contra una sentencia recaída en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, en el que se alega vulneración de derechos fundamentales, una vez desestimada la alegada vulneración de derechos fundamentales, la sentencia debe pronunciarse sobre las cuestiones de legalidad ordinaria que se suscitan.

SEGUNDO.-1.- Para una recta comprensión de la cuestión debatida se hace preciso consignar, siquiera sea sintéticamente, los motivos por los que una sentencia recaída en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, al que la LRJS excluye expresamente del acceso al recurso de suplicación artículo 191.2 e) -excepto cuando tengan carácter colectivo- es recurrible en suplicación cuando en dicho proceso se invoca vulneración de derechos fundamentales.

2.- La sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2015, recurso 2753/2014, establece la recurribilidad de una sentencia recaída en una modalidad procesal -fecha de disfrute de vacaciones- a la que la LRJS veda expresamente el acceso al recurso de suplicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 191. 2 b) LRJS, atendiendo a que se había interesado la tutela de derechos fundamentales.

La sentencia, tras reproducir el contenido de los artículos 191.2 b) y 3 f), 178 y 184 de la LRJS, contiene el siguiente razonamiento:

"El examen de los preceptos citados conduce a la Sala a concluir que, en este caso, es recurrible la sentencia de instancia en la que se resolvió la demanda sobre periodo de disfrute de vacaciones y tutela de derechos fundamentales, por las razones que a continuación se exponen.

Primero: El tenor literal del artículo 191.3 f) de la LRJS, que con toda contundencia proclama: "Procederá en todo caso la suplicación:...g) Contra las sentencias dictadas en materia de...tutela de derechos fundamentales y libertades públicas". La expresión "en todo caso" únicamente puede significar que, en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas procede la suplicación, aunque en el mismo se ejercite una acción que está excluida de la suplicación. De entenderse de otra manera, la citada expresión sería superflua, pues hubiera sido suficiente con que el legislador hiciera constar que "Procede recurso de suplicación contra..." En los apartados 1 y 4 del precepto no utiliza la expresión "En todo caso", lo que dota de un especial énfasis su utilización en el apartado 3.

Segundo: La finalidad de la norma que, al conceder recurso de suplicación, obedece a la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene en nuestro ordenamiento jurídico, manifestada en la regulación contenida en el artículo 53 de la Constitución, que en su apartado 2 prevé que la tutela de tales derechos y libertades puede recabarse ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Tercero: La imposibilidad de acudir a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, si se reclama conjuntamente con tal pretensión el derecho a la fijación del periodo de disfrute de vacaciones, a tenor de lo establecido en el artículo 184 LRJS, por lo que resultaría restrictivo de derechos el que al accionante por vacaciones y tutela de derechos fundamentales se le impidiera el acceso al recurso y, por el contrario, este se concediera si se ejercitaba únicamente la acción de tutela de derechos fundamentales.

Cuarto: La tutela otorgada por el artículo 178.2 de la LRJS a las acciones que se ejerciten por la vía del artículo 184 de la LRJS, a las que se aplicarán, en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en el Capítulo X de la LRJS, dedicado a la regulación de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Es cierto que en dicho Capítulo no se establece que contra la sentencia dictada en dicha modalidad procesal, procede recurso de suplicación, sin embargo, resulta forzoso concluir que procede tal recurso dado que, si a las acciones que se ejerciten por la vía del artículo 184 de la LRJS, se aplican todas las reglas y garantías del proceso de tutela, habrá de aplicárseles también, por identidad de razón, la regla que establece la recurribilidad de la sentencia recaída en el proceso de tutela.

Quinto: La procedencia del recurso de suplicación no se establece contra las sentencias dictadas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sino respecto a las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales, es decir que, a tenor de lo establecido en el artículo 191.3 f) d) la LRJS, procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido.

Sexto: La interpretación que esta Sala ha efectuado, si bien referida a la regulación contenida en el artículo 189.1 f) de la LPL -en este extremo sustancialmente idéntica a la del 191.3 f) de la LRJS- de la recurribilidad de las sentencias en las que se resuelve sobre una pretensión no recurrible a la que se acumula una reclamación de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

Así la sentencia de 10 de diciembre de 1999, recurso 517/1999 contiene el siguiente razonamiento: "El recurso ha de prosperar necesariamente, si se tiene en cuenta que la sentencia a la que se negó la posibilidad de ser recurrida en suplicación se dictó en un proceso de tutela de un derecho fundamental cual es el de no discriminación reconocido en el art. 14 de la Constitución. A partir de tal consideración el art. 189 no admite otra interpretación que la que literalmente se desprende de sus previsiones en las que, al lado de supuestos en los que prevé que no quepa el recurso de suplicación, y otros en los que cabrá o no según la cuantía, dispone expresamente en su apartado 1.f) que "procederá en todo caso la suplicación: f) contra las sentencias dictadas en materia de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos, y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas".

La pretensión de la demandante se articuló precisamente sobre un supuesto de discriminación por razón de sexo con fundamento jurídico en el art. 14 de la Constitución, y se articuló sobre el proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, regulado en el Capítulo del Libro II de la Ley de

Procedimiento Laboral, y, en congruencia con ello contenía la petición fundamental de que se declarara discriminatoria de la empresa y se le condenara al pago de las diferencias salariales que no le había abonado por dicha razón. En tal circunstancia, el hecho de que reclamara una cantidad inferior a 300.000 ptas. deviene intrascendente y accesorio, puesto que lo que constituía el objeto fundamental del proceso y su razón de ser no era otra cosa que la determinación de si se había producido o no la vulneración del derecho fundamental que invocaba, habiendo dicho ya esta Sala en sentencias anteriores de 14-VII-1993 y 3-II-1998 que en estos casos no se produce siquiera una acumulación de acciones, sino que la reclamación de diferencias salariales consecuencia de la violación del derecho fundamental es la traducción de lo que el art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral considera inherente a toda pretensión de tutela de un derecho fundamental cual es la reparación de las consecuencias derivadas del acto inconstitucional".

No empece tal conclusión lo establecido en las sentencias de esta Sala de 25 de marzo de 2013, recurso 957/2012 y 16 de septiembre de 2013, recurso 2326/2012, en las que se resolvió acerca de la competencia funcional de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia en la que se siguió la modalidad procesal del artículo 138 bis LPL.

En la primera de las sentencias dictadas se razona lo siguiente: "Deben realizarse algunas precisiones adicionales. En primer lugar, el que la sentencia de instancia y la recurrida entiendan que cabía el recurso de suplicación, partiendo posiblemente de lo dispuesto en el art. 34.8 del ET, en nada altera la conclusión que hemos expuesto porque las pretensiones fundadas en tal precepto son también pretensiones de conciliación que se encauzaban -insistimos- por la vía del art. 138.bis de la LPL en los términos ya señalados. Y tampoco altera nuestra conclusión la posible incidencia de la pretensión ejercitada en hipotéticos derechos fundamentales del demandante porque, además de no invocarse directamente en la propia demanda cualquiera de tales derechos, lo cierto es que el propio actor no optó por el proceso de tutela sino por la referida modalidad procesal cuando articula la demanda para la "concreción horaria por cuidado de hijo menor".

En dichas sentencias se pone de relieve que en la demanda no se invocó la vulneración de un derecho fundamental, situación radicalmente distinta a la ahora examinada en la que en la propia demanda se consigna que se formula demanda en reclamación de "fijación de fecha del disfrute del periodo de vacaciones con vulneración de derechos fundamentales", siendo el suplico del tenor literal siguiente: "Que se condene a la demandada a reconocer el derecho de los suscritos al disfrute de las vacaciones en las fechas fijadas según se solicita en el hecho TERCERO de esta demanda y se declare que la conducta de la empresa en el proceso de fijación de vacaciones en el seno de la misma ha vulnerado los derechos fundamentales de los actores en el Art. 14 y 24 CE , y se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración, al cese de esa conducta y abonar a cada actor en concepto de indemnización por daños morales la cantidad de 5.000 Euros a cada uno de ellos".

La STC 149/2016 de 19 de septiembre, reconoce la recurribilidad de una sentencia recaída en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo y tutela de derechos fundamentales.

Dicha sentencia cita la sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2015, recurso 2753/2014, reproduciendo parte de sus argumentos.

La STC 42/2017, de 24 de abril, reconoce asimismo la recurribilidad de una sentencia recaída en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo y tutela de derechos fundamentales, con cita de la sentencia de esta Sala a la que anteriormente nos hemos referido.

Existe una consolidada doctrina jurisprudencial que, siguiendo la estela marcada, establece que procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales con independencia de la modalidad procesal que haya de seguirse.

Así podemos citar las sentencias, entre otras de 3/11/2015 (R. 2753/2014), 10/3/2016 (R. 1887/2014), 22/6/2016 (R. 399/2015), 11/1/ 2017 (R. 1626/2015), 9/5/2017 (R. 1666/2015), 30/6/2020, (R. 4093/2017), 24/9/2020 (R. 1152/2018) y 7/7/2021, rcud. 3849/2018.

3.-En definitiva, si bien no hay un precepto que expresamente establezca que procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales con independencia de la modalidad procesal que haya de seguirse, la interpretación jurisprudencial a la que anteriormente nos hemos referido mantiene la recurribilidad de la sentencia en estos supuestos, por el juego combinado de los artículos 191. 2 b) y 3 f), 184 y 178.2 de la LRJS.

TERCERO.-1.-La sentencia mayoritaria examina el alcance del recurso de suplicación en el supuesto de que nos encontremos ante una modalidad procesal frente a cuya sentencia no cabe recurso y se reclame también la tutela de derechos fundamentales señalando: "Estas cautelas que apunta el TC justifican que acceda a suplicación el control de las decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales, pero no así las

relativas a cuestiones de legalidad ordinaria que por su menor relevancia han sido expresamente excluidas del recurso, siempre y cuando resulten perfectamente escindibles las unas de las otras.

Por el contrario, debe admitirse el recurso a todos los efectos, en el caso de estar estrechamente unidas las cuestiones de legalidad ordinaria y las atinentes a la alegada vulneración de derechos fundamentales, hasta el punto que resulte del todo imposible resolverlas separadamente."

2.- Entendemos que el recurso de suplicación procede contra todas las cuestiones que han sido resueltas en la sentencia, tanto las de legalidad ordinaria como las atinentes a la denunciada vulneración de derechos fundamentales.

Las razones son las siguientes:

Primero: En la normativa procesal no aparece precepto alguno que establezca esa limitación respecto al alcance que ha de tener el recurso de suplicación. El recurso procede contra la sentencia, no contra determinados pronunciamientos de la sentencia -los referentes a la vulneración de derechos fundamentales- tal y como entiende la sentencia mayoritaria.

El artículo 191 de la LRJS, en su apartado 1 señala: "Son recurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramitan, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo cuando la presente ley disponga lo contrario"

Segundo: Cuando el legislador ha entendido que solo eran recurribles determinados pronunciamientos de la sentencia de instancia lo ha regulado expresamente:

El artículo 191 de la LRJS señala:

"...3. Procederá en todo caso la suplicación:...

d) Cuando el recurso tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación o de mediación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión. Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación, la sentencia resolverá sólo sobre el defecto procesal invocado.

e) Contra las sentencias que decidan sobre la falta de jurisdicción por razón de la materia o de competencia territorial o funcional. Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación la sentencia, resolverá sólo sobre la jurisdicción o competencia."

Tercero: La LRJS únicamente prevé que en el recurso de suplicación se examinen determinados pronunciamientos de la sentencia de instancia y no se resuelvan otros cuando se trata de cuestiones puramente procesales -subsanación de una falta esencial de procedimiento u omisión del intento de conciliación o de mediación obligatoria previa; falta de jurisdicción por razón de la materia o de competencia territorial o funcional- ya que resulta claramente escindible el pronunciamiento efectuado por la sentencia de instancia de la cuestión procesal del que se refiere al fondo del asunto.

Cuarto: El artículo 178 de la LRJS contempla el supuesto en el que se reclame frente a una modificación sustancial de condiciones de trabajo estableciendo en su apartado 2:

"Cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184 -entre ellas la modificación sustancial de condiciones de trabajo-, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal."

Dicho precepto no establece limitación alguna en cuanto al alcance que ha de tener el recurso de suplicación, a pesar de que de la dicción del precepto resulta que cabe recurso de suplicación en supuestos en los que se siga una modalidad procesal respecto a la que no cabe recurso -modificación sustancial de condiciones de trabajo, vacaciones, movilidad geográfica, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.- y se solicite también la tutela de derechos fundamentales. En efecto, al disponer que en este supuesto se aplican las reglas y garantías previstas para el proceso de tutela de derechos fundamentales, está reconociendo la recurribilidad de la sentencia en suplicación - artículo 19.3 f) de la LRJS- y, sin embargo, no dispone que únicamente es recurrible en el extremo relativo a la vulneración de derechos fundamentales y no en las cuestiones atinentes a la legalidad ordinaria, a diferencia de lo que ha efectuado en otros supuestos - artículo 191.3 d) y e) de la LRJS.

Quinto: En otros supuestos en los que la sentencia es irrecurrible por razón de la materia -clasificación profesional, procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, artículo 191.2 d) y f) de la LRJS- pero la propia norma establece su recurribilidad si se acumula determinada acción -diferencias salariales por importe superior a 3.000 E en el supuesto de clasificación profesional,

artículo 191.2 d) LRJS; resarcimiento de daños y perjuicios de cuantía superior a 3.000 E en el caso de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, artículo 191.2 f) de la LRJS- esta Sala ha venido admitiendo el recurso de suplicación contra todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia y no solo contra el referido a la acción que es recurrible -reclamación de diferencias salariales superior a 3.000 E; resarcimiento de daños y perjuicios de cuantía superior a dichos 3.000 €- examinándose, respectivamente, la cuestión atinente a la clasificación profesional, en un caso - artículo 191.2 d) LRJS- y a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en el otro supuesto -191.2 f) de la LRJS-.

Sexto: La LRJS, en el artículo 191, en el apartado 2 ha dispuesto que no procede recurso de suplicación en los procesos de clasificación profesional -letra d)- y en los procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -letra f- estableciendo con la misma contundencia que no procede recurso de suplicación en los procesos relativos a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo -letra e- no existiendo justificación objetiva alguna que sustente el distinto tratamiento dado por la sentencia mayoritaria al recurso de suplicación en el supuesto de procesos sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo en los que se alega vulneración de derechos fundamentales, que en los procesos de clasificación profesional a los que se acumula reclamación de diferencias salariales superiores a 3000 E y en los procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los que se reclama indemnización de daños y perjuicios de cuantía superior a 3.000 €.

Séptimo. El artículo 191.2 de la LRJS dispone:

"2. No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias:...

e)...y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación".

Es decir, está reconociendo expresamente la recurribilidad en suplicación de las sentencias recaídas en procesos de movilidad funcional -que no son recurribles- cuando se haya acumulado una acción susceptible de recurso de suplicación, sin establecer limitación alguna al citado recurso de suplicación, sin disponer que el recurso procede únicamente contra el extremo de la sentencia referido a la cuestión que es susceptible de recurso. Cabe que la acción que se acumule sea la de tutela de derechos fundamentales, lo que conduciría a reconocer la recurribilidad de la totalidad de la sentencia, por tenerlo expresamente previsto el precepto y no únicamente el extremo de la sentencia relativo a la denunciada vulneración de derechos fundamentales.

Por identidad de razón ha de reconocerse la recurribilidad de la totalidad de la sentencia recaída en proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo al que se ha acumulado la reclamación de tutela de derechos fundamentales, sin que el recurso de suplicación haya de limitarse al examen de los pronunciamientos de la sentencia relativos a la tutela de derechos fundamentales.

Octavo: A diferencia de lo que afirma la sentencia mayoritaria, entendemos que, con carácter general, no existe una clara voluntad del legislador de negar el acceso a la suplicación de aquellas materias que están expresamente excluidas del recurso, aún cuando la sentencia pudiera ser recurrible por otros motivos y razones diferentes. Esta voluntad está limitada a los supuestos en los que el acceso al recurso obedece a relevantes cuestiones procesales - artículo 191.3 d) y e) LRJS- pero, sin embargo, se admite expresamente el recurso en supuestos de procesos cuyas sentencias son irrecurribles por razón de la materia en las que se da la circunstancia de que se han acumulado acciones susceptibles de recurso de suplicación - artículo 191.2 d) y f) LRJS-.

Noveno: En gran número de supuestos las cuestiones de legalidad ordinaria se encuentran indisolublemente ligadas con la alegada vulneración de derechos fundamentales por lo que resultan inescindibles y no es posible abordar el extremo de la sentencia relativo a la vulneración de derechos fundamentales y no examinar las cuestiones de legalidad ordinaria.

Décimo: La solución adoptada por la sentencia mayoritaria -"accede a suplicación el control de las decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales, pero no así las relativas a cuestiones de legalidad ordinaria que por su menor relevancia han sido expresamente excluidas del recurso, siempre y cuando resulten perfectamente escindibles las unas de las otras y, por el contrario, debe admitirse el recurso a todos los efectos, en el caso de estar estrechamente unidas las cuestiones de legalidad ordinaria y las atinentes a la alegada vulneración de derechos fundamentales, hasta el punto que resulte del todo imposible resolverlas separadamente"- crea una gran inseguridad jurídica y conduce a que sea el Tribunal el que determine, en cada caso, si el recurso procede contra la sentencia en su totalidad o contra los pronunciamientos de la misma que se refieren a la tutela de derechos fundamentales.

Asimismo puede generar indefensión ya que las partes desconocen, en el momento de formular el recurso de suplicación o el escrito de impugnación, el examen que va a efectuar la Sala del recurso, si se va a limitar a

las cuestiones relativas a la tutela de derechos fundamentales o va a examinar también las atinentes a las cuestiones de legalidad ordinaria, lo que resulta distorsionante a la hora de realizar los citados escritos.

Noveno: No compartimos la interpretación que la sentencia mayoritaria efectúa del artículo 192.2 de la LRJS. El citado precepto dispone:

"Cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario".

La sentencia mayoritaria ha entendido que "con carácter general esta norma permita el acceso a suplicación de todas las acciones que hayan podido acumularse en un mismo proceso, en aquellos casos en los que solamente alguna de ellas fuese recurrible.

Pero el propio precepto contiene una excepción a esta regla, en los supuestos en los que hay una expresa disposición que establezca lo contrario y excluya de la suplicación alguna de las acciones acumuladas.

Esto último es lo que justamente sucede con la acción relativa a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, respecto a la que ya hemos destacado la existencia de disposiciones legales que de forma expresa niegan su acceso a suplicación.

En consecuencia, su acumulación junto con la acción de tutela de derechos fundamentales no le concede acceso a suplicación, aunque sí lo tenga la pretensión relativa a esa tutela".

Entendemos que una recta comprensión del precepto conduce a sentar lo siguiente:

1º.-El precepto prevé la posibilidad de que se acumulen varias acciones y unas tengan acceso a la suplicación y otras no sean susceptibles de recurso de suplicación.

2º.-Las acciones susceptibles de recurso de suplicación permiten el acceso a la suplicación de las acciones acumuladas que no tienen reconocido el acceso al citado recurso.

3º.-No cabe el acceso a la suplicación de las acciones que no son susceptibles de dicho recurso si existe expresa disposición en contrario.

La disposición en contrario no puede ser, como afirma la sentencia mayoritaria, que haya una expresa disposición que excluya de la suplicación alguna de las acciones acumuladas. En efecto, si así se entendiera el precepto quedaría vacío de contenido ya que precisamente parte de que hay acciones a las que una disposición legal excluye del acceso a la suplicación "Cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación..." El precepto dota de fuerza expansiva a las acciones que tienen reconocido el recurso de suplicación que "contagian" a las que no lo tienen reconocido dotándolas de recurribilidad.

La expresa disposición en contrario se refiere a que exista una norma que establezca la irrecurribilidad de una acción, aunque se presente en un proceso acumulada a acciones que son recurribles. La norma en contrario se refiere a que disponga lo contrario que establece el artículo 192.2 de la LRJS. Es decir, que apareciendo en un proceso varias acciones acumuladas, unas recurribles y otras no, la recurribilidad de las primeras no acarree el acceso al recurso de las segundas.

En la regulación procesal no aparece norma alguna que establezca que si en un proceso en el que se ejercita una acción de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual -no recurrible- se formula también una acción de tutela de derechos fundamentales -susceptible de recurso- no procede recurso de suplicación respecto a la acción de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

CUARTO.-Por todo lo razonado, entendemos que la sentencia debió estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Francisco Jesús López Ruiz en representación de DOÑA Brígida, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la ahora recurrente, acordando la devolución de las actuaciones a la Sala de procedencia para que, con plena libertad de criterio, partiendo de la recurribilidad de las cuestiones de legalidad ordinaria dicte nueva resolución resolviendo, siempre que sea posible, todos los extremos del recurso formulado.

Madrid, 19 de octubre de 2022